

FACULTAD DE DERECHO

ASPECTOS RELATIVOS AL MATRIMONIO EN DERECHO ROMANO Y EN DERECHO CIVIL

Autor: Pablo Morales Solá
Director: Florencio V. Segura Piñero

Madrid
Abril 2014

Pablo
Morales
Solá

ASPECTOS RELATIVOS AL MATRIMONIO EN DERECHO ROMANO Y EN DERECHO CIVIL



Índice:

1. **Acrónimos:** 5

2. **RESUMEN:** 6

3. **ABSTRACT:** 6

4. **PALABRAS CLAVE:** 7

5. **KEYWORDS:** 7

6. **INTRODUCCIÓN:** 8

7. **LOS ESPONSALES O PROMESA DE MATRIMONIO:** 11

7.1. Los esponsales en Derecho Romano: 11

7.2. La promesa de matrimonio en Derecho Civil: 14

8. **CONCEPTO DE MATRIMONIO:** 17

8.1. El matrimonio en Derecho Romano: 17

8.1.1. Concepto: 17

8.1.2. *Requisitos:* 19

Según ULPIANO: 19

8.1.3. Impedimentos: 20

8.1.4. Disolución: 22

8.1.5. Concubinato: 23

8.2. El matrimonio en Derecho Civil: 23

8.2.1. Concepto: 24

8.2.2. Requisitos y limitaciones: 24

8.2.3. Formalidades: 25

8.2.4. Efectos: 26

9. **LA SITUACIÓN DE LA MUJER ANTE EL DERECHO:** 29

9.1. La situación de la mujer ante el Derecho Romano: 29

9.2. La situación de la mujer ante el Derecho Civil: 30

10. Los regímenes económicos matrimoniales: 31
10.1. Los regímenes matrimoniales en Derecho Romano: 31
***10.1.1. Régimen de absorción:* 31**
***10.1.2. Régimen de separación:* 33**
***10.1.3. Régimen dotal:* 34**
10.2. Los regímenes económicos matrimoniales en Derecho Civil: 36
***10.2.1. Principios:* 36**
***10.2.2. Régimen de sociedad de gananciales:* 38**
***10.2.3. Régimen de separación de bienes:* 42**
***10.2.4. Régimen de participación:* 45**
11. Conclusiones: 46
12. Bibliografía: 49

1. Acrónimos:

- a.C.: antes de Cristo
- d.C.: después de Cristo
- CC: CC
- CE: Constitución Española
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo

2. RESUMEN:

Es evidente que el Derecho Romano ha tenido una influencia importante en la regulación del matrimonio del CC. El Derecho Romano hace referencia al ordenamiento jurídico de los romanos, con una prolongación desde el año 753 a.C. hasta mediados del siglo VI d.C. El matrimonio se encuentra actualmente regulado en el Título IV del CC. Previo al matrimonio, en Roma se estipulaban los esponsales, mientras que en la actualidad se realiza la promesa de matrimonio. En Derecho Romano, el matrimonio dependía principalmente del *affectio maritalis,* prescindiendo así de cualquier requisito formal. De lo contrario, el CC recoge una serie de requisitos formales de obligado cumplimiento. La situación de la mujer ante el Derecho en ambos casos ha diferido mucho; siendo parte imprescindible en el Derecho Romano, y con cierto sometimiento al hombre, hoy en día el matrimonio se puede configurar sin la necesidad de la mujer, pero si es cierto que ambos cónyuges se encuentran en un plano de igualdad. En cuanto al régimen económico matrimonial, tanto el Derecho Romano como el Derecho Común recogen tres regímenes. La principal diferencia en los regímenes de Roma es el sometimiento o falta de sometimiento de la mujer, y de sus bienes, al marido. Sin embargo, la principal diferencia en el Derecho Común es la constitución o falta de constitución de un régimen de sociedad de gananciales, por el cual los cónyuges comparten muchos de los bienes y derechos originados durante el matrimonio.

3. ABSTRACT:

It is obvious that Ancient Roman Law has had a clear influence with the Spanish Civil Code's current marital regulation. Ancient Roman Law refers to the judiciary system of the ancient Romans, dating back from 753 BC until the second half of the VI century. The Spanish Civil Code regulates marriage through its Fourth Title. Before marriage, the Ancient Romans used the betrothal, while currently it is known as the promise of matrimony. In Ancient Rome, marriage depended almost completely on the *affectio maritalis,* disregarding any required formalities. Currently however, the Spanish Civil

Code includes a series of formalities that are mandatory. The role of the women has also differed in both cases, consisting of a fundamental part in Ancient Rome, with the possible submission, with all her goods, to the husband. Today however, matrimony in the Spanish judicial system can be constituted without the presence of a woman, however, it must be stated that both parts are considered equals. With regards to the economical marital regulation, both contemplate three possibilities. The main differences in Ancient Rome are considered with respect to the submission or lack of submission of the woman to the man. On the contrary, the main difference nowadays is the constitution or lack of constitution of a shared community, where both parts share the goods and rights originated through matrimony.

4. PALABRAS CLAVE:

Derecho Romano, Código Civil, matrimonio, esponsales, promesa de matrimonio, impedimentos, disolución, concubinato, situación de la mujer, *affectio maritalis, dote,* régimen económico matrimonial, régimen de absorción, régimen de separación, régimen dotal, régimen de sociedad de gananciales, régimen de separación de bienes, régimen de participación.

5. KEYWORDS:

Ancient Roman Law, Spanish Civil Code, marriage, betrothal, matrimonial promise, impediments, dissolution, concubine, role of the woman, *affectio maritalis, dote,* economical marital regime, absorption regime, separation regime, dotal regime, shared community regime, separation of goods regime, participation regimen.

6. INTRODUCCIÓN:

El matrimonio es una de las instituciones sociales más antiguas y que mejor ha perdurado en el tiempo, ya que como se verá a continuación, el Derecho Romano ha servido de fuente de inspiración para el matrimonio en el Derecho Civil. La esencia de esta institución subyace en el vínculo conyugal entre ambos, una unión indefinida en el tiempo que viene reconocida socialmente y jurídicamente.

La unión conyugal se considera el fondo de todo matrimonio. La familia, como extensión del matrimonio, consiste en la generación de la prole para cuidar y educar a los mismo. El desarrollo en sociedad, depende fundamentalmente de la procreación por parte de sus miembros. De lo contrario, la sociedad no podría progresar, no pudiendo disponer de una suficiente tasa de natalidad que se sobreponga a la tasa de mortalidad. Por lo tanto, según esta afirmación, se pone de manifiesto la importancia que cobra el matrimonio, así como uno de sus principales fines, que es la generación de la prole.

En cuanto a la evolución histórica de esta institución, se remonta al siglo III d.C., cuando se constituye formalmente el matrimonio como institución. De esta manera, las costumbres paganas reservaban el matrimonio exclusivamente para las clases más altas. En Roma, sin embargo, no era necesario contraer matrimonio para procrearse, de ahí la figura del concubinato que también se analizará más adelante, y el matrimonio se utilizaba entonces como "herramienta para transmitir el patrimonio del hombre a sus descendientes directos, a contraprestación de otros miembros de la familia[1]".

El Derecho Romano hace referencia al ordenamiento jurídico de los ciudadanos romanos, así como los situados en las distintas extremidades de su Imperio; temporalmente se puede hablar de una prolongación desde el año 753 a.C., con la fundación de Roma, hasta mediados del siglo VI d.C. Dentro del Derecho Romano, principalmente se regulaban la relaciones privadas, constituyendo una base muy importante del derecho privado, sin embargo, también se regulan otros aspectos como el

---

[1] ARGUELLO, L. R., *Manual de Derecho Romano.* Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 385.

derecho administrativo y derecho penal[2]. Dentro del largo período en el que se propaga el Derecho Romano, pueden diferenciarse cinco etapas distintas[3]:

1. Derecho antiguo: 753 a.C. al 450 a.C.
2. Derecho preclásico: 450 a.C. al 130 a.C.
3. Derecho clásico: 130 a.C. al 230 d.C.
4. Derecho postclásico: 230 d.C. al 527 d.C.
5. Derecho justinianeo: 527 d.C. al 565 d.C.

La primera etapa aquí descrita comprende los principios de Roma, con la Monarquía y los principios de la República. En segundo lugar, con la llegada de las XII Tablas, se inicia esta etapa que se adentra hasta la República. La etapa clásica es aquella que se extiende hasta finales del Principado. A continuación se enmarca la etapa postclásica, la cual se extiende hasta el Dominado y se ve influenciada fuertemente por el Cristianismo. Por último, se cierra con el Derecho justinianeo, que realizó un importante trabajo recopilatorio con la Recopilación Justinianea, que trasciende hasta hoy en día.

Hoy en día, el Derecho Romano se utiliza como una excelente herramienta de educación jurídica, pero también cobra muchísima importancia como fuente de inspiración para el Derecho Civil. De tal manera que este trabajo trata de analizar la medida en la que el Derecho Romano ha servido de fuente inspiradora para el Derecho Civil, en particular en el matrimonio. El Derecho Romano ha servido de fuente inspiradora tanto para el sistema de *Common Law* como para el sistema de Derecho Continental. El *Common Law*, en un principio se nutría del Derecho Romano, hasta que posterior evolución, convirtiéndose en una tradición en si misma, extendida por el Reino Unido, los Estados Unidos, y muchas de las antiguas colonias inglesas. De lo contrario, el Derecho Continental mantiene una relación más directa con el Derecho Romano, territorialmente aquí se pueden incluir la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Europa, así como la mayoría de Latino America. La influencia romana ha cobrado mayor importancia en el Derecho privado, de donde se puede afirmar que originan la mayoría de las instituciones de hoy en día. Ha tenido particular influencia en el derecho de obligaciones, regulador de las relaciones patrimoniales, y en menor medida en el Derecho de familias.

[2] HERNÁNDEZ TEJERO, *op. cit,* p. 134.
[3] HERNÁNDEZ TEJERO, *op. cit,* p. 136.

El Derecho Romano ha perdido mucha influencia como fuente en el Derecho de familia por influencia de la religión. El matrimonio religioso es el matrimonio vinculado a las normas y prácticas de la religión, por lo que se obliga a los cónyuges a comprometerse a cumplir y respetar las obligaciones y dogmas de cada religión[4]. La religión que mayor influencia ha tenido en el matrimonio es el Catolicismo. El sacramento de la Iglesia Católica constituye la unión conyugal indisoluble entre hombre y mujer con la finalidad de la concepción y educación de los hijos. De esta manera, se extraen los tres pilares sobre los que se funda el matrimonio: la unidad, la indisolubilidad y la fecundidad. Estos pilares aún se mantienen hoy en día, influencia directa del matrimonio religioso y no del Romano, ya que a pesar de regir la unidad, la indisolubilidad y la fecundidad no eran considerados pilares fundamentales.

El objeto del trabajo es el de exponer lo aspectos relativo al matrimonio, tanto en Derecho Romano como en Derecho Civil para en que medida el ha servido como fuente de inspiración el primero en el segundo. El desarrollo de este trabajo se hará de la siguiente manera: analiza la promesa de matrimonio, análisis del matrimonio, la situación de la mujer ante el Derecho, y los regímenes económicos matrimoniales de cada ordenamiento jurídico.

---

[4] LOPEZ ROSA, R., *El Derecho de familia.* Universidad de Huelva, Huelva, 2004, p. 235.

7. LOS ESPONSALES O PROMESA DE MATRIMONIO:

7.1. Los esponsales en Derecho Romano:

Aquí figuran dos de las más importantes definiciones de los esponsales romanos: *"*los esponsales son petición y promesa de futuras nupcias[5]" y "se llamaron esponsales de prometer por 'sponsiones' pues tenían costumbre los antiguos de estipular y prometer por esponsios las que iban a ser sus mujeres[6]". Los esponsales, al ser una condición previa al matrimonio se analizan anteriormente a este. El matrimonio no debe ser fruto de un acontecimiento sobrevenido, sino de lo contrario, fruto de una relación íntima, que culmina con el matrimonio. Del mismo modo, el matrimonio debe de entenderse como la materialización de la anterior promesa de matrimonio, tanto en Derecho Romano como en el actual Derecho Civil.

La promesa recíproca de futuro matrimonio, *sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*[7], no revestía un negocio jurídico. "En Roma no se consideraba un negocio jurídico ya que ni su objeto ni su fin directo revestían un contenido específicamente patrimonial[8]". Esta característica importante de los esponsales asimila aún más esta figura a la figura actual de promesa de matrimonio, que tampoco se entiende como negocio jurídico.

La *sponsalia* en Derecho Romano era una figura jurídica diferenciable del matrimonio, sin embargo, el fondo consensual de los esponsales es el mismo que sirve de fundamento para la concepción del matrimonio. Se puede afirmar, por tanto, que el mismo constituía el compromiso de tomar por marido y mujer, y que la consumación del mismo fuera meramente la ejecución de este compromiso.

---

[5] FLORENTINO, 3 inst. Digesto 23.1.1
[6] ULPIANO, *de spons.* Digesto 23.1.2.
[7] IGLESIAS, J., *Derecho Romano.* Ariel, Barcelona, 2004, p. 451.
[8] IGLESIAS, *op. cit.* p. 455

“Los esponsales se celebraban entre el paterfamilias de la desposada y el prometido o su paterfamilias[9]”. De esta manera, el *paterfamilias*, se comprometía a entregar la mujer, y por otro lado, el prometido o su *paterfamilias* se comprometía a acoger a la desposada. Este compromiso, entendido como un hecho consensual, carecía de sanciones jurídicas en caso de incumplimiento, sin perjuicio de las posibles sanciones sociales y morales. Sin embargo, esto no exime de la posible responsabilidad originada por la falta de compromiso por una de las partes cuando de la misma se materialicen perjuicios sufridos. Para exigir esta responsabilidad se recurría a la *actio sponsalitia*, que daba lugar al pago de una prestación patrimonial equivalente al gasto ocasionado por el incumplimiento del matrimonio[10]. A medida que surge la época postclásica en Roma, los esponsales[11]:

> Asumen un nuevo régimen jurídico, basado en la concepción de que entre los desposados existe un vínculo que se asemeja al matrimonio, requiriendo determinados formalidades para la celebración de los esponsales, que hace nacer efectos personales y patrimoniales entre los desposados

Dicho esto, se aprecia una progresión positivista en cuanto a la regulación de esta figura jurídica, estando la misma bajo mayor escrutinio cada vez.

Posteriormente, Constantino establece un sistema de responsabilidad limitada por el incumplimiento de los esponsales: “los regalos y donaciones hechos entre novios, con la condición necesario de que se verifique el matrimonio, de no llegar a contraerse el mismo, se admite la reclamación de los regalos y donaciones[12]”. Profundizando más en este nuevo régimen, debe entenderse que solamente habilitaba la reclamación de los regalos y donaciones de aquellos que pasivamente hubieran sufrido los efectos de la negación de la promesa de matrimonio, y los que la causaron. En caso de muerte, el prometido superviviente tiene derecho a la mitad de las donaciones que le hizo el otro desposado[13].

---

[9] GARCIA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*. Ediciones Académicas, Madrid, 2008, p. 159.
[10] LOPEZ ROSA, R., *El Derecho de familia.* Universidad de Huelva, Huelva, 2004, p.250.
[11] GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 165.
[12] IGLESIAS, *op. cit.* p. 465
[13] GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 166.

En el Derecho Justinianeo, se puede resumir los efectos de los esponsales en los siguientes cuatro puntos[14]:

1) La cuasi afinidad entre los parientes de los prometidos que sirve de impedimento para el matrimonio entre dichos parientes.
2) No poder contraer otra promesa de matrimonio, sin incurrir en infamia, sin haber disuelto la promesa existente.
3) El derecho del novio a ejercitar la acción de injurias por las ofensas inferidas a la novia.
4) El deber de fidelidad de la novia.

Justiniano establece principios básicos que rigen el comportamiento de los esponsales. Se aprecian mismamente indicios de impedimentos, como el de afinidad o el de fidelidad.

Expuesta la evolución de los esponsales en Derecho Romano, se aprecia como poco a poco dicha figura iba cobrando mayor regulación. Partiendo de su consideración inicial, en la que no constituía un negocio jurídico, van adquiriendo forma, y su regulación viene siendo cada vez más especifica.

Se puede apreciar en el breve análisis de las promesas de matrimonio en Roma una relación directa con el sistema actual, dotado el mismo de una tremenda coherencia y lógica, que ha facilitado su propagación a lo largo de los siglos. Para poner en relación los esponsales con el Derecho Civil, a continuación se realizará un análisis de la promesa de matrimonio.

Para finalizar este análisis, a continuación se exponen las causas de disolución de los esponsales[15]:

1. Muerte: automáticamente por la muerte de uno de los desposados.
2. Impedimentos: impedimentos al matrimonio disolvían los esponsales sobre el mismo, por tanto era necesaio la dispensa de los impedimentos.
3. Voluntad: se podían disolver por la mera voluntad de las partes.

---

[14] IGLESIAS, *op. cit.* p. 465
[15] IGLESIAS, *op. cit.* p. 465

4. Consumación: se disolvían una vez se contrajera el matrimonio.

7.2. La promesa de matrimonio en Derecho Civil:

La promesa de matrimonio viene recogida en el Capítulo Primero del Título IV del Libro I, del CC, encabezado por el artículo 42 CC: "La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento".

Como es de apreciar, y al margen de cualquier obligación moral o canónica que pueda surgir de la promesa de matrimonio, únicamente atendiendo a su regulación en el ámbito civil, la literalidad del mismo priva de eficacia a la promesa de matrimonio.

A pesar de conocerse como promesa de matrimonio, la misma sufrió una modificación terminológica del tradicional "esponsales," fruto de una tradición-jurídica que fue sustituida con la reforma del CC en el 1981[16]. GARCÍA VARELA define dicha promesa como *"*la promesa hecha por ambas partes de futuro matrimonio, libremente expresada por un signo sensible, entre personas determinadas y hábiles en Derecho." En cuanto a la naturaleza de la misma, la doctrina estima que se trata de un negocio jurídico de Derecho de familia que exige bilateralidad para su completa configuración. A diferencia de la regulación anterior a la modificación del 1981, que no se indica ningún requisito formal, por lo que se entiende que cualquiera surtía efectos a la promesa[17]. De tal manera, puede resultar problemático probar la existencia de la promesa sin que exista requisito formal alguno.

La doctrina también considera que la promesa debe tener un contenido necesario y otro voluntario[18]. En el contenido necesario, debe de incluirse la voluntad de las partes de

---

[16] QUESADA SANCHEZ, A. J., "Consecuencias practicas derivadas de la llamada Promesa de Matrimonio", en *Artículos Doctrinales: Derecho Civil.* Noticias Jurídicas*,* Madrid, 2011.
[17] QUESADA SANCHEZ, *op.cit.* 2011.
[18] QUESADA SANCHEZ, *op.cit.* 2011.

contraer futuro matrimonio. Por otro lado, en cuanto al contenido voluntario, deben incluirse aquellos otros pactos que estimen oportunos, dependiendo del mayor o menor interés existente de los intervinientes en regular la situación.

Como señala el artículo 42, no se produce la obligación de contraer matrimonio ni de llevar a cabo todo lo estipulado en caso de no celebración. Esto significa que aún redactando una promesa de matrimonio de lo más completa, el artículo 42 la privaría de eficacia.

En definitiva, citando a BADOSA COLL, se afirma que la promesa de matrimonio *"no puede ser un acto jurídico vinculante",* ya que el matrimonio tiene que ser fruto de una libre decisión, y no al cumplimiento de una obligación de hacer.

Por otro lado, el artículo 43 del CC constituye un excepción al régimen general establecido por el artículo 42 del CC.

> El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

BADOSA COLL justifica la existencia de este artículo en base a tres argumentos:

- Constituye un supuesto de hecho de efectos jurídicos indirectos.
- Se le asignan requisitos de capacidad contractual.
- Puede encajar dentro del expediente matrimonial de la ratificación.

Este régimen excepcional, al suponer consecuencias jurídicas, exige cierta capacidad de las personas. En este caso, la capacidad exigida se ha reconducido a la capacidad exigida en las obligaciones contractuales, según el artículo 1.263 CC.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento, el artículo indica que debe resarcirse al sujeto pasivo de 'los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración del matrimonio prometido[19]'. En este respecto, existe una expectativa de cumplimiento de

---

19 QUESADA SANCHEZ, *op.cit.* 2011.

la promesa, que, al no cumplirse, produce un empobrecimiento sobrevenido e injusto, ya que el destinatario asumió el cumplimiento del mismo. El artículo indemniza los gastos y las obligaciones realizadas, ya que de no haberse sometido a la promesa de matrimonio, no habrían incurrido en los mismos. De esta manera, se consideran resarcibles los gastos que realice el cónyuge que sufre del incumplimiento de cara al futuro matrimonio. Estos gastos, según CASTAN TOBEÑAS, deben ser "proporcionados a las circunstancias para poder ser indemnizables".

En cuanto al daño moral causado, jurisprudencia reciente considera que no es indemnizable, como indica la Sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo n.1085, el 16 de diciembre del 1996. El demandante en la sentencia, promovió juicio contra el demandado solicitando la atribución del uso y disfrute de ciertos bienes así como una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de una promesa matrimonial. La pareja mantenía una situación de convivencia durante al menos tres años, en los que también se incluyen descendientes de la mujer que había contraído en anterior matrimonio, ahora disuelto. Se puede afirmar, por tanto, que la pareja había constituido no solamente un vínculo emocional bilateral, sino una convivencia patrimonial. La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo falla desestimando los daños y perjuicios que reclama el actor. Fundamento su declaración al considerar responsable al autor de ponderar de antemano los efectos de sus actos si la promesa de matrimonio no se cumplía. El fondo del asunto debe tratarse como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto que los aspectos de la misma se hacen extensivos como convivencia prematrimonial. Puede observarse por tanto, según la STS 1085/1996, que a pesar de la convivencia establecida por la pareja, tanto duradera en el tiempo como económico-patrimonial de fondo, el Tribunal Supremo estima que de no haberse constituido un matrimonio, no hay cabida para reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

8. CONCEPTO DE MATRIMONIO:

8.1. El matrimonio en Derecho Romano:

8.1.1. Concepto:

"El matrimonio es la unión de hombre y mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano[20]". El matrimonio en Roma era un mero hecho social, carecía de relevancia jurídica, y los juristas sólo dotaban de importancia regular las relaciones patrimoniales inherentes al matrimonio[21]. Esta falta de importancia jurídica se justifica, en parte, por la falta de jurisprudencia romana existente al respecto. El matrimonio en Roma consistía en la unión entre dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer[22], concepto que difiere mucho del actual. Según doctrina romanista, la unión conyugal se sostenía sobre un elemento subjetivo y un elemento objetivo. El elemento subjetivo, el *affectio maritalis,* era imprescindible y constitutivo del matrimonio. Por otro lado, el elemento objetivo, hace referencia a la convivencia de los cónyuges.

Existen dos corrientes de pensamiento en cuanto a la consideración de la naturaleza jurídica del matrimonio: el matrimonio como contracto o el matrimonio como acto consensual[23]. En primer lugar, los defensores de la primera corriente de pensamiento alegaban que el matrimonio requería el mismo acto de voluntad requerido en cualquier otro vínculo jurídico. Lo importante a destacar aquí es la posibilidad de exigir responsabilidad por incumplimiento, como sí de un contrato común se tratara. Sin embargo, si es cierto que la mayoría de la doctrina consideraba el matrimonio como un acto consensual[24]. En este segundo caso, el matrimonio consiste únicamente de una situación de hecho, existente siempre y cuando perdure el consentimiento mutuo, el

[20] MODESTINO, *1 reg*. Digesto 23.1.1.
[21] GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 168.
[22] IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.
[23] BONFANTE, P., *Instituciones del Derecho Romano.* DePalma, Buenos Aires, 1952, p. 182.
[24] BONFANTE, P., *op. cit.*, p. 182.

affectio maritalis. Se puede afirmar que el matrimonio romano era un hecho social que se justificaba y se fundamentaba por el *affectio maritalis.* Dicho esto, se entiende que la corriente de pensamiento no exigía ningún tipo de formalismo para iniciar la vida en matrimonio.

En cuanto al *affectio maritalis,* debe anotarse que este elemento subjetivo consiste en la intención de ambas partes de permanecer juntos como pareja. De esta manera, y a diferencia con el Derecho Civil, el consentimiento no se manifestaba de manera puntual, sino que tenía que mantenerse a lo largo de la relación, por lo que la pérdida del mismo supondría la disolución del matrimonio material y matrimonial de las partes[25]. Hoy en día, el consentimiento se entiende manifestado con la ceremonia del propio matrimonio, pero no se acentúa sobre el consentimiento continuó.

Además del requerido *affectio maritalis,* la esfera subjetiva también requiere el *honor matrimonii.* Este 'honor matrimonial' exige el comportamiento aparente de respeto y de consideración recíproca, *"*reviste un carácter espiritual que sobrepasa la esfera material de la unión carnal[26]*"*. Se presume por tanto la conservación del matrimonio siempre y cuando se guarde mutuo respeto a los cónyuges. Poniendo este concepto en relación con la definición del matrimonio hecha por Modestino, se confirma que de mantenerse el *honor matrimonii*, el matrimonio perduraría, sin perjuicio de que se de o no una cohabitación entre cónyuges o que vivan en la misma casa.

Analizado el elemento subjetivo de la voluntad, debe analizarse el elemento objetivo de la convivencia conyugal. La convivencia conyugal únicamente exigía que cada cónyuge guardara la consideración y respeto que merecía la institución del matrimonio[27]. No obstante, y aquí no se requiere la necesidad de convivir, a diferencia de la regulación actual.

---

25 ARGUELLO, L. R., *Manual de Derecho Romano.* Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 385.
26 BONFANTE, P., *op. cit.*, p. 182.
27 IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.

8.1.2. *Requisitos:*

Según ULPIANO[28]:

> Existe matrimonio justo si entre los que celebran los actos nupciales hay derecho de *conubium*, si tanto el varón como la mujer han llegado a la pubertad, y si existe consentimiento entre uno y otro, si son '*sui iuris*,' y si están bajo potestad, también de sus parientes.

Como indica ULPIANO en la cita anterior, en el matrimonio clásico se exigían tres requisitos. Los requisitos eran fundamentales para considerar al matrimonio conforme al derecho:

1. Capacidad natural.
2. Capacidad jurídica.
3. Voluntad recíproca de mantener unidos.

En cuanto a la capacidad natural, según GARCÍA GARRIDO *"*los cónyuges tienen que haber llegado a la pubertad[29]". Se consideran incapaces de contraer matrimonio aquellos que no han alcanzado la pubertad. Sin embargo, si se considera la pubertad como concepto indeterminado, al diferir para cada individuo, existen dos corrientes al respecto. La corriente minorista considera que debe atenderse a caso por cosa, sin embargo, la corriente mayorista consideró fijar una edad cierta. Se fijó por tanto el cumplimiento de los doce años para las mujeres, y de los catorce años para los hombres[30]. Este requisito, sin perjuicio de las posibles modificaciones que haya podido sufrir, ha trascendido en cierta manera hasta la actualidad. Hoy en día, a pesar de no fundamentarse con la llegada de la pubertad, se sigue exigiendo una capacidad natural para poder contraer matrimonio.

La capacidad jurídica también constituía un requisito para contraer matrimonio. Sin embargo, este derecho "solo lo tenían los ciudadanos romanos y algunos extranjeros, a quienes se les concede, se contempla en relación con el titular del derecho a contraer justo matrimonio y también con la persona con quien el matrimonio se celebra[31]". De

---

[28] ULPIANO, Digesto 5.2.
[29] GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 168.
[30] GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 168.
[31] GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 168.

este manera, se excluía la posibilidad de contraer matrimonio a los esclavos. Puede considerarse que la limitación del matrimonio exclusivamente a romanos, y a algunos extranjeros, se fundamente en el hecho de atribuir la condición jurídica de romano del padre al hijo, fruto de este matrimonio. Este requisito también da pie a considerar válido el matrimonio según la Ley del Estado al que pertenezca la persona extranjera.

El último requisito hace referencia al *affectio maritalis.* La principal característica de éste, como se ha indicado anteriormente, es la necesidad de manifestarse esta voluntad a lo largo de la relación. Punto de relevante contraste con el matrimonio actual, ya que solo requiere de una inicial manifestación.

Como requisito extraordinario, la doctrina romana ha venido exigiendo también el consentimiento de la voluntad del *paterfamilias* de la desposada[32]. Sin embargo, la misma doctrina también afirma la progresiva presunción tácita del mismo, alegando que su consentimiento era tácitamente asumido, sin perjuicio de su manifestación al contrario.

Estos requisitos constituyen la naturaleza del matrimonio en Roma; requiriendo la capacidad natural, capacidad jurídica, consentimiento de las partes, y consentimiento del *paterfamilias*, para dar validez al mismo. Los requisitos matrimoniales hoy en día, como más adelante se analizarán, son muy similares a los de aquí expresados, no obstante, cobran menor importancia la condición de ciudadano y el consentimiento del *paterfamilias.*

8.1.3. Impedimentos:

De la misma manera que existían requisitos, también se estableció un régimen de impedimentos. Estos se puede clasificar entre absolutos y relativos. Los absolutos producen la incapacidad total del matrimonio, y los relativos producen la incapacidad

32 IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.

entre determinadas personas[33]. En Derecho Civil no constituye ningún impedimento, lo que obliga a relacionar los mismos con el matrimonio canónico.

Los impedimentos absolutos son los siguientes[34]:

- El matrimonio precedente aún no se haya disuelto
- La esclavitud de uno de los cónyuges
- El voto de castidad
- Las ordenes mayores

Los impedimentos relativos[35]:

- Parentesco de sangre o cognación.
- Parentesco espiritual
- La afinidad
- El adulterio
- El rapto
- Cajón de sastre: recoge situaciones de índole variado

En cuanto al parentesco de sangre, quedaba prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes indefinidamente, y en línea colateral, hasta el tercer grado inclusive, comprendiendo a hermanos, tíos y sobrinos.

Al no contenerse en el matrimonio civil, se relaciona con los impedimentos del matrimonio canónico. El matrimonio canónico se regula en el Libro IV, Título VII del Código Canónico, Cánones 1.055 al 1.165. En la definición canónica del matrimonio, se recoge su naturaleza sacramental, por lo tanto, se transforma de una situación natural a una situación de gracia espiritual. Esto conlleva dos importantes consecuencias: la unidad y la indisolubilidad. En cuanto la unidad, la misma tiene dos sentido: se refiere a un único matrimonio, y a un matrimonio monogámico, con una sola persona. El único matrimonio hace referencia a la indisolubilidad de la unión matrimonial, ya que debe de perdurar en el tiempo esta relación. Además, la referencia a una única persona se refiere a la monogamia del matrimonio canónico. La indisolubilidad viene reflejada en el

[33] IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.
[34] IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.
[35] IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.

Canon 1.055: "la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida." La cita menciona su duración para toda la vida, justificando la indisolubilidad.

Seguidamente, quedan expuestos los impedimentos recogidos en el Canon:

1) Edad (Canon 1.083): *inhabilidad del varón y de la mujer para contraer matrimonio antes de haber cumplido los 16 y 14, respectivamente.*
2) Impotencia (Canon 1.084,1): *incapacidad para realizar el coito.*
3) Ligamen (Canon 1.085): *inhabilidad para contraer nuevo matrimonio mientras permanece el vinculo de un matrimonio anterior, aún que no haya sido consumado.*
4) Disparidad de culto (Canon 1.124 y 1.129): *matrimonio mixto en el cual uno de los cónyuges no es católico, dispénsale por el obispo del lugar.*
5) Orden sacerdotal (Canon 1.087): *la inhabilidad por la que no pueden contraer matrimonio quienes han recibido la ordenación sacerdotal.*
6) Voto o profesión religiosa (Canon 1.088): *impedimento a quienes han contraído un voto publico de castidad en un instituto religioso.*
7) Rapto (Canon 1.089): *traslado o la retención violenta de una mujer, con la intención de contraer matrimonio con ella.*
8) Crimen (Canon 1.090): *impedimento a quien comete homicidio contra el propio cónyuge o en contra de aquel con el que se desea contraer matrimonio.*
9) Parentesco (Canon 1.091): *por consanguinidad de línea recta o colateral hasta un cuarto grado. Por afinidad, entre los consanguíneos de uno y los consanguíneos de otro. Por publica honestidad, pretende contraer matrimonio entre afine, pero por cuestión de concubinato. Por legal, cuando supone una relación entre adoptante y adoptado, así como entre los hermanos de este.*

8.1.4. Disolución:

En la disolución del matrimonio prevalece su elemento subjetivo del matrimonio. La falta o pérdida del *affectio maritalis* supondría la disolución del matrimonio, no

obstante, también puede cesar el vinculo matrimonial por la muerte de uno de los cónyuges, así como por una incapacidad sobrevenida[36].

La pérdida del *affectio maritalis* supondría la disolución del matrimonio. Esto lleva a afirmar la prohibición legal que existía de obligarse a no divorciarse[37]. En latino: *libera matrimonium esse antiquityvs placvit,* señala como la voluntad de los cónyuges no puede verse limitada en cuanto a la libertad de disolver el matrimonio. Dicho esto, se afirma que prevalece la voluntad de los cónyuges por encima de la constitución del matrimonio, pudiendo éstas mismas disolverse cuando así lo considere por lo menos una de las partes.

8.1.5. Concubinato:

El concubinato en Derecho Romano consiste en la unión estable entre hombre y mujer sin la recíproca intención de estar unidos en matrimonio[38]. Siendo una institución reconocida por los juristas en Derecho Romano, hoy en día la misma es socialmente castigada. De esta manera, la concubina, o mujer con la que se guarda relación, de ninguna manera pasa a considerarse mujer del hombre, por lo que no entra en la familia de este y sus hijos se consideran ilegítimos. Esta concepción del concubinato, por tanto, permitía que el hombre mantuviera varias relaciones con más de una mujer, siendo la figura de esposa, exclusivamente reservada para aquella con la que contrajo matrimonio, pero no inhabilitado esto a la coexistencia con el concubinato.

8.2. El matrimonio en Derecho Civil:

---

[36] GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 178.
[37] ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones del Derecho Romano.* DePalma, Buenos Aires, 1959, p. 487.
[38] GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 168.

8.2.1. Concepto:

El matrimonio civil queda regulado en el CC en el Título IV del Libro I de manera extensa y detallada, encabezada por el artículo 44: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Pueden extraerse dos observaciones acerca del citado artículo:

- Introduce el matrimonio como institución jurídica en el Derecho.
- Considera por igual los matrimonios del mismo sexo.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2005, ante el recurso de constitucionalidad numero 6864-2005 contra la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, defiende que en virtud del artículo 32 CE, el hombre y la mujer pueden contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y por lo tanto se realiza una interpretación evolutiva de la Constitución. Por lo tanto, considerando la Constitución Española como fuente viva del Derecho, se estima que el matrimonio heterosexual no es el único constitucionalmente legítimo.

8.2.2. Requisitos y limitaciones:

Seguidamente con el análisis del CC, el artículo 45 CC exige el consentimiento de las partes para contraer matrimonio, del mismo modo que lo venía haciendo el Derecho Romano. Este consentimiento se congura aquí también como elemento subjetivo esencial.

El artículo 46 CC, a su vez, dicta dos impedimentos, ciertamente relacionados con el Derecho Romano:

- Prohibición de contraer matrimonio para los menores de edad.

- Prohíbe el matrimonio entre los que se encuentran ligados con vínculo matrimonial.

Ambas prohibiciones se encuentran directamente relacionados con el Derecho Romano. Se establencen de manera muy similar en su ordenamiento jurídico.

A continuación, el artículo 47 CC prohíbe el matrimonio entre parientes en línea recta por consaguinidad o adopción, y en segundo lugar se lo prohíbe a los colaterales por consaguinidad hasta el tercer grado. Por último también se lo prohíbe a los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Estos prohibiciones también se equiparan a las establecidas en la época romana.

8.2.3. Formalidades:

A diferencia de la época romana, la regulación actual sí exige cumplir una serie de formalismos, quedando asi regulado en el CC, Capítulo III y Capítulo IV del Título IV del Libro I; titulado "de la forma de celebración del matrimonio", y "de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil". Aquí se puede observar la doble faceta del requerimiento formal: la celebración formal del matrimonio, y la necesidad de inscribirlo en el Registro Civil.

Partiendo de la celebración del matrimonio, el Capítulo correspondiente esta dividido en tres secciones; "disposiciones generales, de la celebración ante el juez, alcalde o funcionario que haga sus veces y de la celebración en forma religiosa". Las disposiciones generales se rigen por el artículo 49 CC, y establece que cualquier español podrá contraer matrimonio, ya sea dentro o fuera del territorio español, pero siempre ante una figura Civil o una figura religiosa. De lo contrario, de tal forma que quede regulado en el país de celebración, siendo este distinto al español. Esta afirmación difiere del requisito romano para la capacidad jurídica necesaria en cuanto que se exigía ser ciudadano romano para contraer matrimonio. El siguiente artículo, dispone que los extranjeros también podrán contraer matrimonio en España, acudiendo bien a la forma prescrita por el orden jurídico español, o bien por lo establecido por la ley personal de cualquiera de las partes.

En cuanto a la celebración civil, cabe resaltar que los artículos tratan principalmente sobre la competencia correspondiente para celebrar el matrimonio. El artículo 51 CC establece que serán competentes para autorizar el mismo los jueces encargados del Registro Civil y el Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue, en los municipios en que no resida dicho Juez, el delegado designado reglamentariamente, o el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 52 CC recoge una situación extraordinaria en cuanto que amplía esta autorización en peligro de muerte. No obstante, el artículo 53 CC, expresa que a pesar del cumplimiento de las anteriores, dota de validez al matrimonio siempre y cuando una de las partes hubiera actuado de buena fe y se hubieran manifestado sus funciones publicamente.

A continuación se habla de la celebración en forma religiosa. En este caso, el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita. También se expresa que el matrimonio celebrado según la forma canónica o cualquier otra forma religiosa produce efectos civiles.

Esta breve exposición de los requisitos formales en cuanto a la celebración del matrimonio, manifiesta su poca alineación con el Derecho Romano. La multitud de requisitos formales atribuyen de mayor importancia a la figura del matrimonio en el ámbito jurídico actual.

8.2.4. Efectos:

Para que el matrimonio produzca efectos, lo primero que requiere, según el artículo 61 CC es su debida inscripción. No obstante, para facilitar esta inscripción, el CC habilita que la figura Civil ante la que se ha celebrado el matrimonio, ya sea un Juez, Alcalde o funcionario, extienda inmediatamente la inscripción con su firma así como con la de los contratantes El artículo 63 CC hace referencia a la celebración religiosa, en cuanto que la inscripción del mismo matrimonio se realizará mediante la presentación del certificado de la Iglesia o confesión respectiva.

Vistos los requisitos para la celebración del matrimonio, las diferencias con la regulacion romana son evidentes. Los romanos dotaban de importancia al fondo del matrimonio, indicada como característica imprescindible el *affectio maritalis.* Hoy en día, y debido a su naturaleza jurídica y a todas las consecuencias económicas, y patrimoniales que conlleva el mismo, es necesario llevar a cabo una regulación muy minuciosa del mismo.

A continuación se desarrollan los principales efectos que surgen del matrimonio, que realmente consisten principalmente en deberes para los cónyuges.

El artículo 67 CC establece el deber de respeto, "los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia." Se fundamenta en base a que la comunidad conyugal no puede amparar la vulneración de la intimidad ni dignidad personal del otro cónyuge. La doctrina incluye aquí la obligación de no someter al otro a vigilancia injustificada, y de no dar publicidad a hechos relevantes a la intimidad personal del cónyuge sin su previo consentimiento.

El segundo deber, artículo 68 CC: deber de ayuda y socorro mutuo. La doctrina asocia el deber de ayuda al ámbito personal, mientras que el socorro al ámbito económico. Hecha esta clasificación, se afirma que dentro del ámbito personal de los cónyuges, están obligados a compartir las tareas domesticas así como cuidar de los dependientes de estos. El ámbito economico se consiste en el equitativo compromiso del levantamiento de las cargas.

En tercer lugar, se establece el deber de actuación en interés de la familia. Actuar en interés de la familia constituye una expresion jurídica indeterminada, por lo que resulta difícil establecer una interpretación general. De tal forma, resulta necesario acudir a cada caso en concreto.

El siguiente deber contradice los requisitos romanos, y es el deber de convivir. En Roma no era necesario convivir para considerar válido el matrimonio. El Derecho Civil admite excepiones por motivos laborales, profesionales u otros de naturaleza análoga.

El último deber es el deber de guardarse fidelidad. Al ser un deber, mantener relaciones sexuales entre personas casadas y otra de igual o distinto sexo que no sea su cónyuge no se considera ilícito civil ni penal, pero sí está condenado socialemnte. A diferencia de la costumbre romana, como se ha expresado anterioremente, el concubinato era una costumbre socialmente aceptada.

9. La situación de la mujer ante el Derecho:

9.1. La situación de la mujer ante el Derecho Romano:

A pesar de solo existir una figura matrimonial en Derecho Romano, la situación de la mujer ante el Derecho podía variar entre: *cum manu* ó *sine manum*[39]. El Derecho Romano más antiguo sometía por completo a la mujer a la familia del cónyuge. Este sometimiento puede equipararse con el traspaso de derechos reales en la actualidad, ya que el mismo se constituye mediante el consentimiento mutuo de las partes y se consume con la *traditio* de la mujer. De esta manera, puede considerarse una posesión de la mujer por parte del marido, a la cual no se le imponía ni plazo ni condición.

El matrimonio *cum manu,* en Derecho Romano, es el más parecido a este sometimiento. La mujer se sometía al *manus* del marido, aúnque también existía la posibilidad de someterse al *paterfamilias* del cónyuge, conocido como *alieni iuris* en este caso[40]. En el matrimonio *cum manu,* la mujer se liberaba por completo de su familia original para entrar a formar parte de la de su marido. Este matrimonio podía celebrarse de tres maneras: la *confarreatio,* forma más sagrada, la *coemptio,* la forma más habitual, y por último, la *usus*[41].

De lo contrario, en el matrimonio *sine manu,* la mujer conservaba sus vínculos con su familia original[42]. Al conservar los vínculos con su familia original, la mujer gozaba de una mayor libertad, y mantenía sus derechos sucesorios correspondientes. Para la celebración de este matrimonio, se exigía el consentimiento del *paterfamilias* del marido.

La posición que asuma la mujer en el matrimonio romano esta directamente relacionado con el régimen económico matrimonial que rija sobre el mismo, como más adelante se

---

[39] IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.
[40] IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.
[41] IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.
[42] IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.

podrá ver. Se aprecia a su vez la falta de relación que pueda tener la situación de la mujer ante el Derecho Romano con la regulación actual.

9.2. La situación de la mujer ante el Derecho Civil:

En los últimos años, la mujer ha ido adquiriendo un mayor plano de igualdad, superando el sometimiento a su marido, como sucedía en el matrimonio *cum manu.* No obstante, el sometimiento de la mujer consistía más bien en un sometimiento indirecto. Se entiende así porque no se limitaba su ámbito de actuación, de lo contrario, se prescindía de su intervención en las actuaciones del marido. Tanto es así, que hasta la modificación del CC del 1981, las mujeres no podían disponer de sus bienes en el matrimonio sin el consentimiento de su marido.

Recientemente, sin embargo, la doctrina ha evolucionado positivamente. Ahora el hombre y la mujer se encuentran en plano de igualdad. Esta igualdad se fundamenta principalmente en el artículo 32 CE, por el cual el hombre y la mujer contraen matrimonio en plena igualdad jurídica.

Sin perjuicio de lo aquí descrito, la mujer ya no constituye un requisito necesario para contraer matrimonio, ya que el ordenamiento jurídico admite matrimonio entre personas del mismo sexo. Es por tanto razonable asumir que a medida que se desvirtúa la figura tradicional de la familia entre un hombre y una mujer, similarmente se irá desvaneciendo cualquier doctrina al respecto.

10. LOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES:

La regulación patrimonial del matrimonio constituye la faceta más importante del matrimonio. Los bienes patrimoniales del matrimonio son los aportados por separado por cada cónyuge o de manera conjunta, pueden consistir tanto en bienes como derechos y obligaciones. En Derecho Romano, a pesar de carecer de requisitos formales y de una naturaleza jurídica, si que establecieron tres regímenes económicos matrimoniales[43].

10.1. Los regímenes matrimoniales en Derecho Romano:

El régimen económico matrimonial es el conjunto de normas jurídicas que regulan la economía, y el patrimonio sobre el que se asienta el matrimonio.

El régimen económico matrimonial romano diferencia tres figuras: un régimen de absorción, ligado al matrimonio acompañado de la *manus,* un régimen de separación, ligado al matrimonio libre, y por último el régimen dotal.

10.1.1. Régimen de absorción:

El régimen de absorción de bienes se constituye con el matrimonio *cum manu,* la mujer, y por tanto, los bienes de la mujer pasan a engrosar el patrimonio del marido[44]. Esto significa que todos los bienes de la mujer, tanto anteriores como posteriores al matrimonio vienen a formar parte del patrimonio del marido, engrosando el mismo. De tal forma, el marido pasaba a ser el único propietario y administrador de los bienes del matrimonio. No existe un régimen similar en la actualidad, ya que el matrimonio regulado por el Derecho Civil se somete al principio de igualdad entre el hombre y la

---

43 IGLESIAS, *op. cit.* p. 467.
44 IGLESIAS, *op. cit.* p. 480.

mujer, por tanto, se incumpliría este principio si todos los bienes de la mujer se sometieran al patrimonio del hombre.

El régimen de absorción de bienes se daba con el matrimonio *cum manu,* anteriormente explicado. Este tipo de sometimiento se hacía o bien ante el futuro marido o bien ante su *paterfamilias.* Las formas de su celebración eran las siguientes[45]:

La *confarreatio*: uno de los ritos más tradicionales entre los patricios, la clase alta romana. Normalmente, la ceremonia se reservaba para los hijos de padres que habían constituido matrimonio por esta vía también. En la ceremonia, los cónyuges tenían que compartir una torta, o *panis farrius.* Esta celebración tenía lugar ante el Flamen Dialis y el Pontifex Maximus, con la presencia de diez testigos. El Flamen Dialis era el Alto Sacerdote de Jupiter.

El *coemptio*: éste ritual consistía en la venta ficticia de la mujer hacia el hombre. Este ritual podía celebrarse en cualquier momento del matrimonio y suponía un proceso de transmisión. Este rito tenía que celebrarse con al menos cinco testigos presentes, exigiendo que todos fueran adultos, hombres y ciudadanos romanos. Esta venta ficticia no estaba únicamente reservada para la celebración del matrimonio, sino que también se podía realizar como acto de confianza entre un romano y un extranjero. De la misma manera que la mujer se sometía al matrimonio mediante este ritual, podía emanciparse del mismo modo cuando se divorciaba mediante el *coemptio.*

El *usus*: ésta modalidad exigía la convivencia prolongada durante un año. Al cabo del año, la mujer pasaba a ser del marido, como sí de un derecho real se tratara. No era por tanto necesario la celebración de ningún rito. No obstante, si la mujer deseaba no formar matrimonio, podía evitarlo ausentándose del hogar. Si la mujer se ausentaba del hogar del marido durante tres días y tres noches, no computaba el año de convivencia. Sin embargo, esta forma cayó en desuso y dejó de considerarse como forma para contraer matrimonio *cum manu.*

---

[45] ARANGIO RUIZ, *op. cit.,* p. 487.

Es evidente el sometimiento personal de la mujer en estos tres casos vistos, y por tanto, también el sometimiento de su patrimonio. No sucede lo mismo en el régimen de separación ni en el régimen dotal.

10.1.2. Régimen de separación:

El régimen de separación de bienes romano se asemeja mucho al régimen actual. Este régimen se estimaba con el matrimonio *sine manu.* En este matrimonio, la mujer conservaba la propiedad sobre sus bienes[46], muy en línea con el régimen actual, donde se hace una clara división entre los bienes de cada cónyuge. Además de conservar la propiedad, la mujer ostentaba plena administración y disposición de los mismos en todo momento. En este sentido, también puede la mujer expresamente otorgar la administración de los bienes a su marido, hablándose entonces de bienes *extradotales*[47]. Con los bienes *extradotales,* el marido se encuentra en situación de mandatario, lo que significa que debe atender estrictamente a las instrucciones de la mujer, ya que de lo contrario estará sometido a toda responsabilidad que pueda surgir para la restitución o reparación del bien. Del mismo modo, y en congruencia con la anterior afirmación, ante la disolución del matrimonio, todos aquellos bienes aportados por la mujer y concedidos al marido para su administración debían ser restituidos[48].

El Derecho justinianeo dotaba a los bienes de la mujer de una mayor responsabilidad en cuanto se refiere al sostenimiento de las cargas del matrimonio. El sostenimiento de las cargas matrimoniales es importante ya que da lugar a la responsabilidad que recae sobre cada cónyuge.

> En relación con los créditos que se encuentran fuera de la *dote* y que da la mujer al marido para que los tengan en calidad de parafernales, se establece que es permitido al último ejercitar las acciones correspondientes, sin que se le exija ninguna ratificación[49].

---

46 IGLESIAS, *op. cit.* p. 480.
47 IGLESIAS, *op. cit.* p. 480.
48 IGLESIAS, *op. cit.* p. 481.
49 GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 166.

Se constituye así la libertad que posee el marido a la hora de gestionar los bienes de la mujer, actuando con plena libertad como si fuera el propietario de los mismos. De esta afirmación, también se extrae que todas las rentas e intereses que el mismo reciba a raíz de estos bienes los podrá emplear con su libre voluntad, siempre y cuando se empleen a favor del matrimonio o de la mujer. En lo que se refiere al capital, el marido tiene la obligación de o bien reservarlos para su mujer o de lo contrario emplearlos según las indicaciones de esta.

10.1.3. Régimen dotal:

El régimen dotal viene del concepto de *dote,* entendido como el "conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer, u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales[50]". Este régimen surgió en el ámbito del matrimonio acompañado de la *manu.* Se justifica este régimen para compensar la pérdida de los derechos hereditarios que sufría la mujer al romperse todos los vínculos con su familia paterna. Sin embargo, más adelante este régimen pasó también a los matrimonio libres, para así contribuir con los costes del hogar doméstico. Por lo tanto, y viendo que este régimen era válido en los matrimonio libres así como en los matrimonio acompañados de la *manu*, se puede afirmar que en ambos casos estos bienes se consideraban de propiedad del marido. Sin embargo, el divorcio en esta situación daba lugar a problemas de restitución.

Se entiende por dote al conjunto de bienes aportados por la mujer al matrimonio, estos bienes podían ser bienes particulares de la mujer, de su *paterfamilias,* o bien de una tercera persona que los aportaba en su nombre[51]. Este régimen se daba en los matrimonios *cum manu,* al desvincularse la mujer por completo de su familia, perdía con esto todos los derechos hereditarios que le correspondían. De esta manera, aportaba una serie de bienes al matrimonio, la *dote*, que representaban una herencia anticipada. No obstante, en el la dote también podía darse en los matrimonios *sine manu*, sin

---

[50] IGLESIAS, *op. cit.*
[51] ALVAREZ CORREA, E., *Curso de Derecho Romano.* Pluma, Bogotá, 1979.

embargo, aquí se aportaban con la función de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares[52].

La dote, en función de quien la constituía, podía darse de distintas formas. Si la dote era constituida por el paterfamilias, se conocía como *dos profecticia,* si era otorgada por la misma mujer, su madre, o persona distinta de su madre, se conocía como *dos adventicia,* y por último, de constituirse reservando el derecho de recuperar la dote en caso de disolución, se denominaba *dos recepticia*[53]. En cuanto al objeto de la dote, se entiende que podía ser cualquiera susceptible de comercio, y en función del mismo, variaba la forma de constitución de la dote. En un primer lugar, la *dois datio* era la que operaba la transmisión inmediata de los bienes dotales y se realizaba por mancipatio. En Segundo lugar, se habla de *dotis datio, contrato verbis,* en este caso la promesa unilateral solemne del constituyente, pudiendo ser el padre de la mujer, la misma mujer, o un deudor que interviniera por mandato de ella. Por último, la *promissio dotis,* suponia la promesa de dote en forma de la stipulatio.

En cuanto a la restitución del la dote, se considera con la disolución del matrimonio. Se parte de la base, de que disuelto el matrimonio, el marido estaba obligado a restituir la dote[54]. Esta costumbre operaba inicialmente en el matrimonio *cum manu* sin regulación jurídica, pero pronto se vio la necesidad de regular la misma, creándose medios jurídicos para hacer efectiva la restitución. Se creó por tanto la práctica de que el marido, mediante la estipulación prometiera al constituyente la restitución de la dote en caso de divorcio, si este no cumplía, se hacía exigible a través de la *actio ex stipulatu.*

Más adelante, a finales de la República, se "limitaba la responsabilidad del marido, considerado propietario de la dote únicamente en los supuestos que la responsabilidad de las cargas del matrimonio recaigan sobre este[55]". A medida que pasa el tiempo, los regímenes matrimoniales se van alimentando de las costumbres, de tal forma que se van adaptando a los tiempos. La interpretación jurisprudencial considera que se introdujo una acción a favor de la mujer por la que si se disolvía el matrimonio por el divorcio,

---

52 ALVAREZ CORREA, E., *op. cit.,* p. 237.
53 ALVAREZ CORREA, E., *op. cit.,* p. 237.
54 ALVAREZ CORREA, E., *op. cit.,* p. 237.
55 IGLESIAS, *op. cit.* p. 483.

esta podía exigir judicialmente la sustitución. Esta acción se ha visto anteriormente en los regímenes tanto de absorción como separación. Sobre estas bases se constituye el régimen clásico de la *dote*, concebida como aportación al sostenimiento del peso económico del matrimonio. Del mismo modo, es necesario acompañar el cimiento de este régimen con la realidad jurídica en la que se encontraba el marido ya que la situación de propiedad no era más que una ficción y más bien se encontraba en una situación de usufructuario.

10.2. Los regímenes económicos matrimoniales en Derecho Civil:

10.2.1. Principios:

En la actualidad el régimen económico matrimonial se regula mediante regímenes convencionales o legales. Los regímenes convencionales originan por acuerdos entre las partes, como negocio jurídico celebrado por los futuro contrayentes, al que se le atribuye el nombre de capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, de no pactarse estas capitulaciones matrimoniales, el régimen económico se debe acoger a un régimen legales. El Derecho Común, en el ordenamiento jurídico español recoge los siguientes: régimen de sociedad de gananciales, régimen de separación de bienes y régimen de participación.

Previo al análisis de los regímenes, se desarrolla el régimen económico primario, comprendido en el CC. Este régimen primario recoge nueve principios básicos de aplicación a las tres posibilidades antes expuestas.

En primer principio recoge la libertad para determinar y configurar el régimen económico matrimonial que estimen las partes, inspirado en el principio de la autonomía privada de la voluntad. El artículo 1.315 CC establece que los cónyuges podrán acordar cualquier régimen económico matrimonial que consideren en las capitulaciones matrimoniales. El artículo 1.316 CC establece el régimen general para el

Derecho Común, siendo el régimen de sociedad de gananciales en caso de no establecerse ningún otro.

El segundo principio establece la obligación de los cónyuges a contribuir con el levantamiento de las cargas familiares, recogido en el artículo 1.318 CC. En este punto, la doctrina enumera las cargas a las que debe hacerse cargo la sociedad de gananciales, recogido así en el artículo 1.362 CC: el sostenimiento de la familia, la adquisición, tenencia y disfrute de bienes comunes, la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, la explotación regular o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge. De esta manera, y sin perjuicio del régimen económico acordado, los cónyuges deben asumir con las cargas aquí recogidas.

El tercer principio obliga a los cónyuges a abonar los gastos que generan determinados litigios. Esta obligación solo surge cuando uno de los cónyuges carece de bienes propios suficientes, siempre y cuando sean litigios contra el otro cónyuge sin mediar mala fe, o contra un tercero en provecho de la familia. En estos supuestos, los gastos del litigio serán asumidos por el caudal común de los cónyuges, y subsidiariamente por los bienes del otro cónyuge.

El cuarto principio establece la potestad domestica, que obliga a los cónyuges a ocuparse de las necesidades familiares. Además de las deudas que se hayan originado como causa del ejercicio de esta potestad, responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y subsidiariamente los del otro cónyuge.

El quinto principio, según el artículo 1.322 CC, establece la necesidad de actuación conjunta para validar algunos actos jurídicos. De esta manera, se exige el consentimiento del cónyuge no contratante, sin el cual, ciertos actos se consideran anulables, como los actos a título gratuito.

El sexto principio, establece la necesidad de requerir el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. Este principio se fundamenta en la protección del cónyuge, para evitar la sobrevenida indisposición de estos bienes.

El séptimo principio hace referencia al ajuar doméstico tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. Una vez fallecido el cónyuge, las ropas, mobiliario y enseres que de este, se entregaran al que sobreviva, sin computársele en su haber.

El octavo principio, relativamente novedoso del 1981, establece la libertad de los cónyuges de contratar entre si, habilitando la celebración de contratos entre ambos.

Por último, el noveno principio establece la confesión del carácter privativo de los bienes. El artículo 1.324 CC establece que para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será suficiente con la confesión del otro. No obstante, esta confesión por si sola no puede perjudicar a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.

Establecido el régimen económico primario, por el cual todos los matrimonio civilmente contraídos en España deben de cumplir, se analizan a continuación los tres regímenes económicos matrimoniales del Derecho Común.

10.2.2. Régimen de sociedad de gananciales:

El régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales lo define el artículo 1.344 CC: "Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella".

El régimen de sociedad de gananciales consiste en la aglutinación de los bienes de los cónyuges, formando así un patrimonio conjunto. A pesar de esta constitución, debe anotarse la existencia del ámbito privativo de los cónyuges, que mantienen la posesión sobre ciertos bienes. De esta manera, se analizará primero el activo de la sociedad de gananciales, tanto los bienes gananciales como privativos, seguido por el análisis del pasivo de la sociedad.

En cuanto a los bienes gananciales de la sociedad, estos vienen recogidos a continuación. En primer lugar, se indican los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuge. Considerando aquí principalmente los salarios obtenidos del trabajo de los cónyuges. Respecto a 'industria' debe entenderse a cualquier actividad encaminada a la obtención de un resultado, cuando no suponga un trabajo en el sentido habitual de la palabra. En segundo lugar, también constituyen bienes gananciales los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales. De acuerdo con el CC, pertenecerán a la comunidad de bienes por cualquier título que sean adquiridos como propietario, usufructuario, arrendatario o acreedor. Una vez más, atendiendo al principio de subrogación real, se puede afirmar que los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno de los esposos, se considerará un bien ganancial. Se considerarán gananciales también los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial. Se fundamenta esto en virtud de la naturaleza ganancial del bien adquirido por retracto, que no debe cambiar porque el pago para adquirirlos se haya hecho con fondos privativos. También se consideran bienes gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes, si la empresa se funda con capital común, deberá de acotarse a lo establecido en el artículo 1.354 CC: corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Expuestos los bienes gananciales, se procede a analizar los bienes privativos de dicha sociedad.

En cuanto a los bienes privativos, debe de comenzarse el análisis con el artículo 1.346 CC, que recoge los bienes privativos aquí incluidos. En primer lugar, se consideran bienes privativos los bienes y derechos que le pertenecieran a cada cónyuge al comenzar la sociedad. Según DIEZ PICAZO, estos bienes constituyen el patrimonio inicial anterior a la producción de cualquier ganancia. En segundo lugar, se consideran bienes privativos los bienes que adquiera cualquier cónyuges a titulo gratuito después de haberse celebrado el matrimonio, como son las donaciones y sucesiones. Solo se consideran bienes gananciales las donaciones o herencias testadas a ambos cónyuges. También, son bienes privativos los adquiridos en sustitución de otro bienes privativos, sirviéndose de aplicación directa al principio de subrogación real. De la misma manera, los bienes adquiridos por derecho de retracto de uno de los cónyuges, también se

considerara bienes privativos. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y no transmisibles inter vivos también son privativos, como pueden ser los derechos a alimentos o los derechos inherentes a la personalidad. La compensación por daños personales sufridos por uno de los cónyuges también son bienes privativos. En cuanto a las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor también se consideran bienes privativos. Por último, se incluyen también los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrante o pertenecías de un establecimiento o explotación de carácter común, se considerarán privativos. Se asume aquí que la finalidad perseguida por el legislador es que el cónyuge no se vea privado de sus herramientas fundamentales para el trabajo. A continuación, se analiza el pasivo de la sociedad.

En cuanto al pasivo de la sociedad, se consideran dos categorías: las deudas comunes y las deudas personales. Las deudas comunes vienen recogidas en los artículos 1.362 y 1.263 CC y atienden a las deudas contraídas para atender a la sociedad de gananciales. Por otro lado, las deudas personales, son las contraídas personalmente por cada cónyuge separadamente.

Según el CC, citando los artículos 1.362 y 1.363, irán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por las siguientes causas:

1. "El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia".
2. "La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes".
3. "La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge".
4. "La administración ordinaria de los bienes privativos e cualquiera de los cónyuges".
5. "Las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte".

A contraposición de las deudas comunes, las deudas personales no vienen recogidas expresamente en el CC. Por lo tanto, la doctrina ha considera que estas son todas aquellas deudas que no son gananciales.

Establecido lo que determina el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, se atiende a la gestión del mismo. Debe considerarse una gestión conjunta o individual, así como una atribución legal o judicial de la gestión. Puede añadirse también los supuestos de gestión individual, dañosa o fraudulenta.

El principio general de la gestión conjunta lo recoge el artículo 1.375 CC: "la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de los que se determina en los artículos siguientes". Esta actuación conjunta se da cuando ambos cónyuges realizan un acto jurídico así como cuando actúa solo uno de ellos con el consentimiento del otro. En los supuestos de obligada actuación conjunta, y uno de los cónyuges se niega o no puede prestar su consentimiento, hay que diferenciar entre los actos de administración y los actos de disposición. Si es un acto de disposición, el Juez podrá suplirlo si se encontrara fundada la petición. De lo contrario, en caso de acto dispositivo, el Juez podrá, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando los considere de interés para la familia.

El CC no regula expresamente la gestión individual de los bienes gananciales. De tal forma, se estima recordar el principio de la autonomía privada de la voluntad. Por lo tanto, podrá llevarse a cabo una gestión individual de los bienes siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

Un tercer supuesto es la atribución de la gestión a uno de los cónyuges, pudiendo ser esta legal o judicial. La atribución legal se hará cuando "la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transfiera por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante de su consorte", indicado así por el artículo 1.387 CC. De lo contrario, la atribución judicial podrá hacerse cuando "el otro cónyuge se encuentre en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiera separación de hecho", señalado por el artículo 1.388 CC.

Por último, el artículo 1.390 CC habla de gestión individual dañosa o fraudulenta. De esta manera, cuando un cónyuge hubiera obtenido un beneficio exclusivo para el y ocasionando dolosamente un daño a la sociedad, será deudor de la misma por su importe, sin necesidad de la impugnación del otro cónyuge. Debe añadirse que si se reitera esta situación, según el artículo 1.393 CC, se puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales ante la autoridad judicial.

10.2.3. Régimen de separación de bienes:

El régimen de separación de bienes se basa en la idea de que cada cónyuge mantiene su propio patrimonio, perteneciéndole a cada uno la propiedad, disfrute, administración y disposición de sus bienes. No obstante, esto no obvia el requisito de que ambos deben contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

El régimen de separación de bienes se puede dar en tres supuestos, según el articulo 1.345 CC:

1. "Cuando así lo hubiesen convenido".
2. "Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes".
3. "Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto".

La titularidad de los bienes en el régimen de separación de bienes viene recogida en el artículo 1.437 CC, donde se establece que la titularidad le pertenece a cada cónyuge en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título, además de la titularidad se incluye la administración, goce y disfrute. El artículo 1.441 CC establece que ante la imposibilidad de acreditar a cual de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por la mitad.

Punto importante a determinar aquí es lo que debe aportar cada cónyuge con sus bienes privativos para contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. El artículo 1.438 CC indica que los cónyuges, a falta de convenio, deberán aportar de manera proporcional a sus respectivos recursos económicos. Computando como tal el trabajo para la casa, que será considerado contribución a las cargas y dará derecho a una compensación.

La regulación del artículo 1.438 CC está fundada en el principio de equidad, y contempla la posibilidad de compensar al otro cónyuge en virtud de una dedicación desigualada en cuanto al sostenimiento de las cargas domésticas. Según la doctrina, hay tres requisitos necesarios a la hora de realizar dicha compensación a favor del cónyuge[56]:

- El cónyuge debe de haber realizado una contribución muy significativa al sostenimiento de las cargas familiares.
- Es necesario que el matrimonio haya optado por el régimen de separación de bienes.
- Debe de haberse extinguido este régimen.

Este último requisito, es fundamental para que nazca el derecho a reclamar esta compensación, aunque el derecho a recibir la compensación se haya originado a lo largo de la vigencia del matrimonio. Esta extinción puede consiste en la extinción del matrimonio o en la sustitución del régimen de separación por otro.

El fundamento de esta compensación, según la doctrina, viene por la intención de los cónyuges de mantener sus patrimonios separados en todo caso que resulte posible; siendo así posible en todos los casos que excedan a las cargas familiares obligatorias. A pesar de esta separación de bienes, es necesario que las tareas y trabajos de la casa se lleven a cabo de forma equitativa, suponiendo que el sostenimiento de las cargas del hogar no se refiere únicamente al ámbito económico. No obstante, como indica la doctrina, son muchos los casos en los que uno de los esposos no trabaja y realiza sus tareas íntegramente en el hogar, o de lo contrario, trabajan ambos pero únicamente uno

[56] CUENCA ALCAINE, B., "La compensación del 1.438 CC para los matrimonios celebrados con separación de bienes. Cuantificación y naturaleza", en *Artículos Doctrinales: Derecho Civil.* Noticias Jurídicas, Madrid, 2010.

de los dos realiza las tareas del hogar. Es por estos casos que se ha establecido esta compensación, para "resarcir a esa persona que ha venido desarrollando un plus de disponibilidad, tiempo, dedicación y esfuerzo[57]". Además, así lo ratifican numerosas sentencias, como el Recurso 401/1998 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz. Estos casos consideran un enriquecimiento injusto por parte del cónyuge que no ha contribuido al sostenimiento de las cargas. La Audiencia llega a esta conclusión al considerar que el cónyuge que no ha realizado las tareas domesticas, dispone de más tiempo, para dedicar a la promoción de su propia formación y desarrollo profesional, situándose más favorablemente para generar mayores ingresos. De lo contrario, el otro cónyuge, realizador de las tareas domesticas, renuncia implícitamente a poner medios de cara al aumento de su propio patrimonio privativo.

Haciendo empeño en el fondo de la cuestión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León n. 331 de 30 de noviembre de 2006, establece:

> La previsión legal contenida en el articulo 1.438 CC se inspira en la Resolución de Ministros del Consejo de Europa de 27/9/1978, tratándose con ella de suavizar la desconsideración que el régimen de separación supone para el cónyuge que se dedica a la casa puesto que no participa de las ganancias que el otro tiene con su actividad fuera de casa.

Como se puede ver, hay mucha doctrina que defiende al cónyuge más desfavorecido en este régimen de separación de bienes.

Del mismo modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia n. 1223 de 15 de septiembre de 2005 indica que:

> La pensión tiene como fundamento una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares destinadas a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede determinar este régimen económico especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar.

El artículo 1.438 CC por tanto se considera imprescindible para compensar el desequilibrio originado cuando el matrimonio se rige con el régimen de separación de bienes y las cargas del hogar son únicamente llevadas a cabo por uno de los dos.

---

[57] CUENCA ALCAINE, *op. cit.*

10.2.4. Régimen de participación:

El régimen de participación se asimila mucho al de separación be bienes y derechos, ya que no es hasta el final, en la liquidación de la sociedad, que se manifiestan las diferencias entre ambos. Dicho esto, el régimen se constituye con el patrimonio de cada cónyuge por separado, atribuyendo la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes a cada cónyuge. Sin embargo, cuando se liquida la sociedad, según DIEZ PICADO, "los cónyuges se obligan recíprocamente a que cada uno participe en las ganancias del otro".

Como en el régimen de separación de bienes, durante el matrimonio, cada cónyuge actúa de independientemente del otro. Según los artículos 1.412, 1.413 y 1.414 CC, se atribuye la administración, disfrute y libre disposición a cada cónyuge, de la misma manera, en todo lo no previsto se aplicarán las normas del régimen de separación de bienes. También se regula aquí que la adquisición de un bien o derecho, pertenecerá pro indiviso a cada cónyuge.

La obligación de participar cada uno de los cónyuges en las ganancias del otro requiere de un proceso formal. Primeramente se deben calcular el patrimonio inicial de cada cónyuge. Esto lo indica el artículo 1.418 CC al determinar que se estimará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge "por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen, y por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado." A continuación, para calcular el patrimonio final, debe acogerse a lo indicado en el artículo 1.422 CC. Aquí se indica que el patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas. Calculado el patrimonio inicial y final de cada cónyuge, se puede calcular la ganancia de cada uno. El régimen de participación cobra vida en este punto, ya que según indica el artículo 1.427 CC, "cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge con menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge."

11. CONCLUSIONES:

A lo largo de este trabajo se han expuesto los principales elementos relativos al matrimonio en Derecho Romano y en Derecho Civil. Expuestos los elementos, se aprecia una clara distinción entre el matrimonio en Roma y el matrimonio en la actualidad. Esto justifica que durante el trabajo se hayan analizado los elementos considerados más importantes en cada ordenamiento jurídico.

En primer lugar, los esponsales en Roma y la promesa de matrimonio en el Derecho Civil manifiestan cierto paralelismo, afirmado su función como fuente inspiradora. Los esponsales, en un principio, constituían una mera declaración de voluntad entre las partes, prescindiendo de todo tipo de regulación. No obstante, en siglo III d.C., Constantino estableció un régimen de responsabilidad limitada por el incumplimiento de los esponsales. Esta responsabilidad limitada se atribuía únicamente a los cónyuges que pasivamente hubieran sufrido los efectos de la negación de la promesa de matrimonio. En cuanto a la regulación actual, el régimen general otorga una total ineficacia a la promesa de matrimonio, y el régimen especial considera la responsabilidad de indemnizar en caso de faltar causa alguna. Esta indemnización no surge de lo estipulado en la promesa, ni del daño moral causado, sino como resarcimiento por los gastos y obligaciones derivados de la promesa. Se aprecia una estrecha aproximación entre ambos regímenes, regulando ambos por separado la situación de responsabilidad y de falta de responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio.

En segundo lugar se habla del matrimonio. El matrimonio en Roma dista mucho del matrimonio en la actualidad. En Roma, el matrimonio se sostenía principalmente por el *affectio maritalis,* lo cual constituye el elemento subjetivo del mismo. En cuanto al elemento objetivo, únicamente se exigía que caga cónyuge guardara la consideración y respeto que merecía esta institución. Hoy en día, sin embargo, el matrimonio exige mucho más que una mera declaración de voluntad. Como se ha expresado anteriormente, además de los requisitos formales exigidos, principalmente la celebración formal civilmente admitida, homologable por la celebración religiosa, y posterior registro, también se plasman efectos y deberes que surgen del matrimonio y

que son de obligado cumplimiento para ambos cónyuges. En este respecto, la figura del matrimonio romana parece haber servido de poca inspiración para la figura actual.

Seguidamente, la situación de la mujer en el derecho actual también difiere mucho de la figura del matrimonio en Roma. En Roma, se apreciaba un ámbito de superioridad del hombre hacia la mujer. De esta manera, en los matrimonios romanos, la mujer podía someterse o no someterse al marido, siendo el matrimonio *cum manu* o *sine manu.* Hoy en día el hombre y la mujer contraen matrimonio en plano de igualdad. Debe añadirse también la posibilidad de constituir matrimonio sin la necesidad de la mujer, ya que el ordenamiento jurídico español considera también los matrimonios del mismo sexo. De nuevo, en este punto, también se aprecia la falta de relación con la regulación del matrimonio en el Derecho Romano.

Por último, y posiblemente donde mayor relación exista entre el régimen Romano y el Civil es en el ámbito patrimonial con los regímenes económicos matrimoniales. En Derecho Romano, como en el actual, existían tres regímenes económicos: el de absorción, el de separación, y el régimen dotal. El régimen de absorción se constituía en los matrimonios *cum manu,* por el cual el patrimonio de la mujer se sometía íntegramente al de su marido, prescindiendo de todas sus raíces familiares, incluidos aquí los derechos de sucesión y herencia. El régimen de separación, muy similar al de separación de bienes regulado por el CC, constituye dos regímenes separados e independientes para cada cónyuge, y se daba en los matrimonios *sine manu*. El régimen dotal se consideraba en el matrimonio *cum manu,* ya que el *dote* constituye un conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer, u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales. Se constituía este régimen como consecuencia de la pérdida de la mujer de todo derecho hereditario de su familia originaria que pudiera aportar económicamente al matrimonio. El la actualidad, el Régimen Civil Común, establece a su vez tres regímenes económicos matrimoniales: régimen de sociedad de gananciales, régimen de separación de bienes y el régimen de participación. En el régimen de sociedad de gananciales, los cónyuges constituyen un patrimonio compartido a raíz de su matrimonio, no obstante, esto no quita de la consideración de bienes privativos aún existentes para los cónyuges. En cuanto al régimen de separación, en un principio cada cónyuge mantiene su patrimonio por separado, lo que induce al problema del sostenimiento de las cargas, que deberán ser

asumidas por ambos equitativamente, según el CC. El régimen de participación, se asimila mucho al régimen de separación, y de hecho no se manifiesta ninguna diferencia hasta la disolución del mismo. Se entiende así porque los cónyuges participan en las ganancias correspondientes del otro cónyuge, por tanto, se calculan las ganancias obtenidas a lo largo del matrimonio, y se compensan las mayores ganancias con las menores. En cuanto a los regimenes económicos matrimoniales, se afirma la fuente de inspiración de la que ha servido el Derecho Romano.

Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, y confirmando la hipótesis inicial, se afirma que el Derecho Romano ha servido como fuente de influencia en la regulación del matrimonio del CC de manera relativa. Las principales diferencias se aprecian en cuanto a la constitución y regulación del matrimonio en si, ya que la promesa de matrimonio, así como el régimen económico matrimonial si que guardan cierta aproximación. Esta falta de cercanía se explica mediante la fuerte influencia religiosa que cobra importancia en muchos ámbitos del matrimonio. Sin perjuicio de esto, no es imaginable haber logrado un sistema matrimonial tan completo como actualmente queda recogido en el Derecho Civil sin los cimientos del Derecho Romano.

12. BIBLIOGRAFÍA:

ALVAREZ CORREA, E., *Curso de Derecho Romano.* Pluma, Bogotá, 1979.

ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones del Derecho Romano.* DePalma, Buenos Aires, 1959.

ARGUELLO, L. R., *Manual de Derecho Romano.* Astrea, Buenos Aires, 1985.

BADOSA, C., *Comentario del CC.* Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

BONFANTE, P., *Instituciones del Derecho Romano.* DePalma, Buenos Aires, 1952.

CUENCA ALCAINE, B., "La compensación del 1.438 CC para los matrimonios celebrados con separación de bienes. Cuantificación y naturaleza", en *Artículos Doctrinales: Derecho Civil.* Noticias Jurídicas, Madrid, 2010.

DAZA MARTINEZ, J., *Iniciación al estudio histórico del Derecho Romano,* Valencia, 1997.

DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho Romano,* Madrid, 1954.

FERNANDEZ DE BUJAN, A., De*recho público romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, Madrid 2000.

FUENTESECA P., *Lecciones de Historia del Derecho Romano,* Madrid, 1978.

GADEA VALDEZ, A., *La causal de separación de hecho y su antecedente romano*. Tesis para optar al título de abogado, PUCP, Lima, 1992.

GARCIA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*. Ediciones Académicas, Madrid, 2008.

GAVIDIA SANCHEZ, J. V., *El Derecho Civil Matrimonial Español Común y Foral*. Revista Doctrinal Aranzadi-Mercantil, Aranzadi, Madrid, 2000.

HERNÁNDEZ TEJERO, F., *Derecho Romano*. Madrid, 1959.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano.* Ariel, Barcelona, 2004.

JORS, P., *Derecho Privado Romano.* Labor, Barcelona, 1937.

LOPEZ ROSA, R., *El Derecho de familia.* Universidad de Huelva, Huelva, 2004.

PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano.* Albatros, Madrid, 1940.

RASCON GARCÍA, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano,* Tecnos, Madrid, 2006.

QUESADA SANCHEZ, A. J., "Consecuencias practicas derivadas de la llamada Promesa de Matrimonio", en *Artículos Doctrinales: Derecho Civil.* Noticias Jurídicas, Madrid, 2011.